



Message 2016-DFIN-16

11 septembre 2017

du Conseil d'Etat au Grand Conseil accompagnant le projet de loi modifiant la loi sur le personnel de l'Etat (extrait spécial du casier judiciaire et droit de grève)

Nous avons l'honneur de vous soumettre un projet de loi modifiant la loi du 17 octobre 2001 sur le personnel de l'Etat (LPers; RSF 122.70.1); la loi du 9 septembre 2014 sur la scolarité obligatoire (LS; RSF 411.0.1) et la loi du 9 juin 2011 sur les structures d'accueil extrafamilial de jour (LStE; RSF 835.1). Le présent message est articulé de la manière suivante:

1. Introduction	1
2. Extrait spécial du casier judiciaire	2
2.1. Présentation de la mesure	2
2.2. Activités impliquant des contacts avec des mineur-e-s	2
2.3. Personnes âgées et personnes en situation de handicap	3
2.4. Autres fonctions considérées à risques	3
3. Extrait casier judiciaire dans l'accueil extrafamilial	4
3.1. Dispositif en vigueur	4
3.2. Attentes des partenaires	4
4. Grève	4
5. Commentaire des dispositions	5
5.1. Extrait spécial du casier judiciaire	5
5.2. Loi sur la scolarité obligatoire (LS; RSF 411.0.1)	6
5.3. Loi sur les structures d'accueil extrafamilial de jour (LStE; RFS 835.1)	6
5.4. Droit de grève	6
5.5. Dispositions relatives au calcul de la durée du droit au traitement (art. 48 al. 1 1 ^{re} phr. et 110 al. 1 LPers)	9
6. Incidences financières et en personnel	9
7. Constitutionnalité, conformité au droit fédéral et eurocompatibilité	9
8. Soumission au référendum	9
9. Conclusion	9

1. Introduction

Par motion déposée le 3 juillet 2014 (2014-GC-123), les députés Nicolas Kolly et Albert Lambelet ont demandé d'introduire dans la LPers l'obligation de consulter l'extrait spécial du casier judiciaire avant l'engagement de tout-e employé-e de l'Etat ayant une activité impliquant des contacts réguliers avec des mineur-e-s. Ils se réfèrent à l'art. 371a du code pénal (CP), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015, qui a introduit un extrait «spécial» du casier judiciaire sur la base duquel les

employeurs peuvent vérifier si une interdiction d'exercer une activité professionnelle ou non professionnelle, a été prononcée à l'encontre du candidat ou de la candidate retenu-e pour un poste en lien avec des mineur-e-s. Les motionnaires sont d'avis que la modification du code pénal permet de renforcer la lutte contre la délinquance sexuelle dirigée contre les enfants.

Dans sa réponse du 25 novembre 2014, le Conseil d'Etat a invité le Grand Conseil à accepter cette motion, estimant que toutes les mesures de précaution devaient être prises pour empêcher que des personnes, ayant commis une infraction contre un ou une mineur-e, ne soient engagées au sein de l'Etat dans des fonctions impliquant des contacts avec des mineur-e-s. Cette motion a été acceptée par le Grand Conseil dans sa séance du 18 décembre 2014 par 73 voix, aucun refus et une abstention.

La LPers est également modifiée concernant le droit de grève. L'interdiction générale de la grève telle que le prévoit l'art. 68 LPers ne peut plus se justifier et être maintenue (cf. réponse du 30 juin 2015 à la question des députés Xavier Ganioz et Hugo Raemy sur le droit de grève (2015-CE-129).

Par motion développée le 19 décembre 2014 (2014-GC-212), les députées Susanne Aebischer et Antoinette Badoud ont appelé de leurs vœux l'introduction d'une base légale dans la loi du 9 juin 2011 sur les structures d'accueil extrafamilial de jour (LStE) permettant aux autorités de surveillance de prendre tous les renseignements de police utiles afin de déterminer l'aptitude personnelle et le caractère des personnes assurant le placement, ainsi que pour pouvoir enquêter sur les personnes habitant le lieu d'accueil et pouvant, de ce fait, entrer en contact avec les enfants accueillis.

Le Conseil d'Etat a proposé de fractionner la motion en acceptant de modifier la LStE et en y introduisant la production d'un extrait du casier judiciaire au sens de l'art. 371 CP et un certificat médical en procédure de postulation pour le personnel des structures d'accueil extrafamilial et les assistantes parentales. Par contre, il s'est opposé – pour des motifs de légalité et praticabilité, mais aussi pour éviter des exigences administratives disproportionnées par rapport à l'effet escompté – à l'exigence d'un extrait des procédures pénales en cours. Le 6 octobre 2016, le Grand Conseil a suivi la proposition du Conseil d'Etat et pris en considération la partie de la motion relative à la production d'un extrait du casier judiciaire et d'un certificat médical, tout en rejetant les demandes allant au-delà.

Le présent projet donne suite aux deux motions précitées. Les modifications demandées ont été regroupées dans un seul acte modificateur compte tenu de la proximité des deux objets.

2. Extrait spécial du casier judiciaire

2.1. Présentation de la mesure

Depuis le 1^{er} janvier 2015, l'Office fédéral de la justice a mis en place un nouvel extrait «spécial» du casier judiciaire, en plus de l'extrait «ordinaire». L'extrait spécial ne peut être commandé que par une personne qui postule à une activité impliquant des contacts réguliers avec des mineur-e-s ou des

personnes vulnérables, ou par une personne qui exerce déjà une telle activité. Pour commander un extrait spécial de son casier judiciaire, le postulant ou la postulante retenu-e pour le poste doit être en possession d'un formulaire écrit et signé par le futur employeur qui spécifie la fonction pour laquelle il ou elle postule (cf. art. 371a al. 2 CP). Avec son contenu limité, l'extrait spécial a l'avantage que le postulant ou la postulante n'est pas obligé-e de divulguer l'ensemble de ses antécédents pénaux à son employeur (p.ex. peines pour infraction routière ou vol à l'étalage), mais seulement d'éventuelles interdictions incompatibles avec les activités impliquant des contacts avec des mineur-e-s. A ce jour, aucune disposition fédérale n'oblige un employeur à contrôler l'extrait spécial de son ou sa futur-e collaborateur ou collaboratrice.

2.2. Activités impliquant des contacts avec des mineur-e-s

Il s'agit de préciser quelles sont les activités impliquant des contacts avec des mineur-e-s. Le terme de «contact» est large et laisse une marge d'appréciation significative. Il ne donne aucune information sur la fréquence des contacts, leur durée ou leur intensité.

Les Directions et établissements personnalisés du canton ont été consultés en mars 2015 afin de connaître leur avis sur la manière dont cette nouvelle obligation à charge des autorités d'engagement devra être appliquée. Une majorité d'entre eux a estimé opportun de limiter les fonctions touchées par cette mesure afin de ne pas augmenter la bureaucratie de manière disproportionnée. Ils ont également effectué un premier recensement des fonctions «à risques», dont le résultat est présenté dans le document annexé au présent message (cf. annexe).

a) Définition des fonctions «à risques»

Le Conseil d'Etat propose de se distancer de la notion «d'activités impliquant des contacts réguliers avec des mineurs» développée au niveau fédéral (cf. art. 25e de l'ordonnance VOSTRA, RS 331), dès lors que cette définition est très large et sujette à interprétation. Elle englobe des fonctions n'ayant que peu de liens avec des mineur-e-s. Le Conseil d'Etat estime que l'obligation de contrôle à introduire dans la LPers ne doit pas être disproportionnée au regard des fonctions qu'elle touche, car cela aurait pour conséquence de compliquer inutilement le travail administratif des autorités d'engagement sans que le but de prévention recherché ne soit atteint.

Le Conseil d'Etat propose la définition suivante:

Les fonctions touchées par la mesure sont celles: (conditions cumulatives)

- a) exercées en contact direct avec des mineur-e-s

Il s'agit des activités qui impliquent le fait de travailler en relation directe avec des mineur-e-s ou qui sont exercées sous la forme d'une intervention sur leur personne (activités exercées au sein d'écoles, de foyers, d'internats, des services pédiatriques, du service dentaire scolaire, etc.), pour autant qu'elles permettent de développer un lien étroit avec les mineur-e-s (cf. ci-dessous). Il faut que le contact soit indispensable à l'accomplissement des tâches.

- b) qui impliquent une relation de confiance, un lien de dépendance ou rapport de subordination entre l'adulte et l'enfant.

L'activité doit permettre de développer une relation étroite entre l'adulte et le ou la mineur-e. Tel est le cas des activités d'enseignant ou enseignante, de directeur ou directrice d'école, de médiateur ou médiatrice, d'éducateur ou éducatrice, d'assistant ou assistante social-e, de maître ou maîtresse d'apprentissage, de personnel du planning familial, de policier ou policière, etc. Les contacts avec des mineur-e-s qui créent une relation de confiance, dépendance ou subordination entre l'adulte et l'enfant exigent davantage de garanties de protection.

b) Particularités de certains contrats d'engagement

Lors de la consultation des Directions et établissements personnalisés, l'accent a été mis sur le fait que cette mesure pouvait poser problème lors de certaines procédures d'engagement. Pour ces cas, les solutions suivantes sont proposées:

> Contrats de très courte durée

Les contrats de très courte durée concernent principalement la DICS. Il s'agit souvent de trouver – dans un bref délai et pour une courte durée – un remplaçant ou une remplaçante afin de suppléer l'absence d'un enseignant ou d'une enseignante. Au vu du nombre d'enseignants et enseignantes, de remplaçants et remplaçantes engagés par année, seules les personnes au bénéfice d'un contrat écrit avec l'Etat (dès trois mois) sont concernées par l'obligation de présenter un extrait spécial du casier judiciaire. Pour les autres personnes, l'autorité d'engagement a toujours la possibilité de demander un tel extrait. Cette façon de procéder permet d'assurer aux autorités d'engagement un fonctionnement acceptable.

> Conclusion successive de contrats de durée déterminée (CDD)

La conclusion de CDD successifs impliquerait la nécessité pour le collaborateur ou la collaboratrice de produire, à chaque renouvellement de son contrat, un

nouvel extrait spécial de son casier judiciaire. Pour éviter d'être trop contraignant, il est prévu de procéder à un seul contrôle lors du premier engagement si les CDD sont reconduits sans interruption dans le temps. Cela se justifie par égalité de traitement avec les collaborateurs ou collaboratrices engagés avec un CDI et qui doivent produire un extrait de leur casier judiciaire une seule fois au début de l'engagement. Toutefois, si les CDD sont reconduits de manière discontinue, il est prévu de procéder à un contrôle par année.

> Personnel de la justice et de la police

La mesure ne s'applique pas, en principe, aux collaborateurs ou collaboratrices de la justice et de la police, car, d'une part, leurs contacts avec les mineur-e-s sont très formalisés (auditions en présence de tiers, box d'arrestation provisoire sous surveillance vidéo, etc.) et, d'autre part, la majorité d'entre eux sont déjà soumis à l'obligation de fournir un extrait ordinaire de leur casier judiciaire à leur engagement (tel est le cas des policiers et policières et des membres du Tribunal cantonal).

> Activités d'intendance

Les activités d'intendance (concierge, secrétaire, personnel de la cantine scolaire, personnel de ménage) exercées dans des établissements destinés aux enfants ne sont pas soumises à cette mesure, puisque les contacts directs avec les mineur-e-s ne sont, en principe, par nécessaires à l'accomplissement des tâches et n'impliquent pas un lien étroit avec les mineur-e-s.

2.3. Personnes âgées et personnes en situation de handicap

La procédure de consultation a montré une volonté claire de protéger non seulement les mineur-e-s, mais également les personnes en situation de handicap et les personnes âgées. Le Conseil d'Etat a donc souhaité étendre la mesure aux nouveaux engagements au sein du personnel des établissements pour personnes âgées et institutions spécialisées pour personnes en situation de handicap. Toutefois, la LPers n'étant pas directement applicable aux institutions précitées, il a été décidé d'intégrer cette mesure dans les conditions fixées pour l'obtention d'une autorisation d'exploitation (à laquelle sont soumises toutes les institutions de santé). L'intégration de l'obligation de contrôle à l'embauche dans l'autorisation d'exploiter plutôt que dans la LPers permet, de surcroît, d'assurer l'égalité de traitement entre les institutions qui soumettent leur personnel à la LPers et celles qui ne soumettent pas leur personnel à la LPers. Les démarches législatives idoines sont actuellement en cours. La liste des fonctions touchées au sein de ces institutions sera établie par la Direction compétente pour délivrer les autorisations d'exploitation.

2.4. Autres fonctions considérées à risques

Pour tenir compte de la diversité des métiers au sein des Directions et établissements de l'Etat, les autorités d'engagement peuvent également étendre le contrôle à l'engagement d'autres fonctions considérées à risques.

3. Extrait casier judiciaire dans l'accueil extrafamilial

La motion Aebischer/Badoud (2014-GC-212) propose l'introduction d'une base légale dans la LStE pour que les autorités de surveillance telles que le Service de l'enfance et de la jeunesse (SEJ) et les associations de familles de jour (qui exercent une surveillance par délégation) puissent prendre tous les renseignements de police utiles afin de déterminer l'aptitude personnelle et le caractère des personnes assurant le placement. Cela concerne les membres de la direction des structures, mais aussi le personnel éducatif.

L'objectif de cette motion est de nature similaire à celui de la motion Kolly/Lambelet (2014-GC-123). Ainsi, l'objectif central, à savoir la protection des mineurs, et l'axe d'intervention, à savoir l'exigence d'un extrait du casier judiciaire, demeurent les mêmes. Partant, il est judicieux de préserver la cohérence en liant ces deux objets.

3.1. Dispositif en vigueur

Le traitement de la motion Aebischer/Badoud a permis de tirer un bon bilan global sur la surveillance dans les structures d'accueil extrafamilial de jour. Cela a été relevé positivement par le Grand Conseil lors du débat de prise en considération.

En substance, la réponse à la motion était l'occasion de mentionner les pratiques suivantes déjà en vigueur au moment du dépôt de la motion:

- > En procédure d'autorisation, les crèches, garderies et accueils extrascolaires doivent déjà déposer un extrait du casier judiciaire et un certificat médical de la personne responsable. Il incombe à la crèche ou à la garderie de demander ces documents à tous les autres collaborateurs et collaboratrices.
- > Pour l'accueil familial de jour, on fait une distinction entre les assistantes parentales affiliées à une association et les assistantes parentales dites indépendantes: les assistantes parentales affiliées à une association doivent s'annoncer auprès de l'association et sont surveillées par cette dernière, alors que les assistantes parentales indépendantes s'annoncent au SEJ et doivent déjà déposer un extrait du casier judiciaire et un certificat médical.

Vu ce qui précède, le Conseil d'Etat s'est montré favorable à la proposition de généraliser la demande d'un extrait du casier

judiciaire et de doter le canton d'une base légale en conséquence.

En complément de la question du casier judiciaire, la motion Aebischer/Badoud demande une base légale pour requérir un formulaire médical à l'engagement du personnel. Fribourg utilise déjà un formulaire médical avec des questions relativement ouvertes, ce qui responsabilise le ou la médecin et lui donne aussi plus la possibilité de s'exprimer sur des spécificités qui ne figureraient pas sur un formulaire standardisé. Le Conseil d'Etat soutient l'introduction d'une base légale concernant ce certificat médical.

3.2. Attentes des partenaires

Dans le cadre de l'examen et de la préparation de la réponse à la motion Aebischer/Badoud, la Direction de la santé et des affaires sociales a consulté les principaux partenaires externes, c'est-à-dire l'Association des communes fribourgeoises, la Fédération fribourgeoise des accueils extrascolaires, la Fédération des crèches et garderies fribourgeoises et la Fédération fribourgeoise d'accueil familial de jour ou encore la Police cantonale et a sollicité leur avis sur la motion. De plus, des renseignements sur les bonnes pratiques ont été pris dans d'autres cantons latins.

Le Conseil d'Etat a déjà pu faire état des différentes positions des partenaires dans sa réponse du 23 août 2016 à la motion. En particulier, il sied de rappeler que la Fédération fribourgeoise des accueils extrascolaires a souhaité que les employé-e-s des structures soient soumis-e-s aux mêmes exigences que celles de la LPers et que la Fédération fribourgeoise d'accueil familial de jour ne souhaitait pas obtenir de données de police sensibles, mais uniquement un préavis positif ou négatif à l'engagement donné par un organisme à déterminer. Pour l'Association des communes fribourgeoises, la production de l'extrait du casier judiciaire doit incomber à la personne qui postule pour une place dans une structure d'accueil, tout comme les frais y relatifs. En connaissance des différentes positions, le Conseil d'Etat a retenu la solution susmentionnée.

4. Grève

Les nouvelles dispositions sur le droit de grève tiennent compte des conditions posées par la Cst. fribourgeoise et la Cst. fédérale. Un organe de conciliation et d'arbitrage est institué pour régler les conflits. De même, un service minimum est assuré dans les secteurs où un arrêt de travail mettrait en péril, directement ou indirectement, les prestations indispensables à la population. A l'instar d'autres législations cantonales en la matière, et conformément à la Cst. fédérale et la Cst. cantonale, il est prévu d'introduire l'interdiction de la grève pour un certain nombre de fonctions: police, prisons.

5. Commentaire des dispositions

5.1. Extrait spécial du casier judiciaire

Art. 26 al. 3^{bis}

Personnes à protéger: mineur-e-s jusqu'à 18 ans.

Personnes à contrôler: le candidat ou la candidate retenu-e pour un poste impliquant des contacts directs avec des mineur-e-s ainsi qu'un lien de confiance, subordination ou dépendance avec eux. **Les collaborateurs et collaboratrices déjà engagés ne sont pas concernés par cette mesure, à moins que ces personnes changent de poste ou de fonction ou encore que leur cahier de charges soit modifié.** Les ressortissants et ressortissantes étrangers non domiciliés en Suisse ou domiciliés récemment en Suisse, devront produire un document équivalent de leur Etat d'origine ou de provenance. En effet, les autorités suisses ne sont pas en mesure de donner des renseignements sur les antécédents pénaux de ces personnes.

Processus d'engagement: Lorsque l'autorité d'engagement aura porté son choix sur un candidat ou une candidate, elle devra signer une «confirmation de l'employeur» attestant que cette personne postule pour un emploi impliquant des contacts avec des mineur-e-s (condition nécessaire à la délivrance de l'extrait spécial) et la faire parvenir au candidat ou à la candidate choisi-e pour le poste. Un court délai sera donné à cette personne pour qu'elle produise un extrait spécial de son casier judiciaire. Afin de ne pas ralentir le processus d'engagement, il est prévu que le candidat ou la candidate retenu-e puisse entrer en fonction immédiatement, si le poste doit être repourvu sans délai, et produire par la suite son extrait spécial. Le refus de produire l'extrait spécial ou la production d'un extrait mentionnant une infraction incompatible avec la fonction est de nature à mettre immédiatement fin au processus d'engagement ou à entraîner la résiliation immédiate des rapports de travail. Afin de garantir la protection des données, des mesures organisationnelles et techniques sont prises afin que les données confidentielles et sensibles de l'extrait spécial ne puissent être consultées que par le cercle limité des personnes qui décident de l'engagement du candidat ou de la candidate.

Pour rappel, lors du processus d'engagement, il n'est pas prévu que les autorités d'engagement se renseignent auprès de la police pour vérifier l'existence de procédures pénales en cours (cf. réponse du Conseil d'Etat à la motion Aebischer/Badoud Augmentation de la sécurité des enfants confiés aux structures d'accueil extrafamilial (2014-GC-212) du 23 août 2016.

Cet alinéa donne au Conseil d'Etat la compétence de préciser, dans une directive, quelles sont les fonctions soumises à l'obligation de contrôle.

Art. 26 al. 3^{ter}

Pour tenir compte de la diversité des métiers au sein des Directions et établissements de l'Etat, les autorités d'engagement peuvent également étendre le contrôle à l'engagement à d'autres fonctions considérées à risques (qui ne figurent pas dans la liste des fonctions annexée).

Art. 26 al. 3^{quater}

Bien que le contrôle de l'extrait spécial du casier judiciaire permette un renforcement de la protection des mineur-e-s et est donc souhaitable, il présente l'inconvénient d'être peu efficace durant les premières années. En effet, le contenu de l'extrait spécial est, à ce jour, presque toujours vierge, car l'interdiction d'exercer une profession en lien avec des mineur-e-s n'a que rarement été prononcée par la justice pénale avant 2015. A titre d'exemple, la justice fribourgeoise l'a prononcée une seule fois entre 2004 et 2014 (chiffres obtenus auprès du MP de Fribourg).

Cette réalité s'explique juridiquement par la raison suivante. Avant 2015 (date de l'entrée en vigueur de la modification du code pénal), le juge pénal ne pouvait prononcer une interdiction d'exercer une profession que pour les infractions commises dans le cadre professionnel. Par exemple, une interdiction d'exercer pouvait être prononcée contre un enseignant ou une enseignante qui commettait un abus sexuel dans le milieu scolaire (cadre professionnel), mais pas contre un enseignant ou une enseignante qui commettait un abus sexuel à son domicile sur l'un de ses enfants (cadre privé). Les infractions sur mineur-e commises avant 2015 dans le cadre privé (qui constituent la majorité des abus sexuels) n'apparaissent pas dans l'extrait spécial. Elles figurent par contre dans l'extrait ordinaire du casier judiciaire. Depuis 2015, le code pénal étend la possibilité de prononcer une interdiction d'activité aux cas où l'infraction a été commise hors du cadre professionnel. A l'avenir, de telles interdictions devraient être prononcées presque automatiquement, en présence d'un risque de récidive, contre l'auteur-e d'une infraction contre un-e mineur-e et elles figureront dans l'extrait spécial. Plus les années passeront, plus l'extrait spécial renseignera de manière complète sur les antécédents pénaux en lien avec des mineur-e-s et deviendra fiable pour l'Etat-employeur.

Pour cette raison, le Conseil d'Etat recommande l'adoption de la solution transitoire suivante. Durant une période de dix ans, soit jusqu'au 31 décembre 2026, le candidat ou la candidate à un poste en lien avec des mineur-e-s devra produire un extrait ordinaire de son casier judiciaire, en plus de l'extrait spécial. Cette solution transitoire permet à la nouvelle mesure d'atteindre, dès son entrée en vigueur, le but de protection des mineur-e-s souhaité par les député-e-s.

Durant la période transitoire, l'extrait ordinaire du casier judiciaire sera systématiquement exigé en plus de l'extrait

spécial. De ce fait, les autorités d'engagement auront connaissance d'infractions sans aucun rapport avec la fonction pour laquelle le candidat ou la candidate postule. Juridiquement, il n'est pas admis de renoncer à un engagement pour une infraction sans rapport avec la fonction (discrimination à l'embauche). Seules les infractions ayant entraîné une interdiction d'activité en lien avec des mineur-e-s (abus sexuels) ainsi que les cas de maltraitance pourront justifier le refus d'un engagement. L'égalité de traitement entre les candidats et candidates impose que les antécédents judiciaires soient examinés selon les mêmes critères durant la période transitoire, qu'au terme de celle-ci lorsque l'autorité d'engagement n'aura plus connaissance des antécédents judiciaires complets.

5.2. Loi sur la scolarité obligatoire (LS; RSF 411.0.1)

Dans le cadre de la révision partielle de la LPers, la Direction de l'instruction publique, de la culture et du sport (DICS) a estimé que certaines fonctions liées à l'école, mais ne dépendant pas de cette Direction, devaient être soumises, elles aussi, au contrôle à l'engagement. La loi sur la scolarité obligatoire doit être modifiée en conséquence.

Art. 23 al. 2

La Constitution du canton de Fribourg confère aux Eglises et aux communautés religieuses reconnues le droit d'organiser un enseignement religieux dans le cadre de l'école obligatoire (art. 64 al. 4). S'agissant de l'Eglise catholique romaine, les personnes enseignant la religion à l'école primaire relèvent des paroisses et ne sont pas soumises à la législation sur le personnel de l'Etat, alors que les personnes enseignant la religion au cycle d'orientation sont engagées par l'Etat et sont soumises à la législation sur le personnel de l'Etat. Concernant l'Eglise évangélique réformée, les personnes enseignant la religion à l'école primaire et au cycle d'orientation relèvent des paroisses et ne sont pas soumises à la législation sur le personnel de l'Etat. Afin de traiter de la même façon l'ensemble des enseignants de religion, il faut exiger, lors de l'engagement de ces personnes par les Eglises reconnues, la présentation d'un extrait spécial du casier judiciaire.

Art. 57 al. 2^{bis} (nouveau)

Outre les thérapeutes des services de logopédie, psychologie et psychomotricité (cf. art. 63 LS) pour lesquels un extrait spécial du casier judiciaire est exigé, les communes engagent de nombreuses personnes actives dans le cadre scolaire. Tel est le cas du personnel administratif et technique (administration, secrétariat, conciergerie, etc.), du personnel des bibliothèques scolaires, des transports scolaires, d'infirmierie, du personnel enseignant ou éducatif. Pour toutes ces personnes, mais aussi pour les personnes accompagnant les

activités extrascolaires, il est rappelé que les communes ont la possibilité d'exiger un extrait spécial du casier judiciaire.

Art. 63 al. 2

La DICS n'est pas l'employeur des thérapeutes intervenant dans les services de logopédie, psychologie et psychomotricité. Par contre, elle en est l'autorité de surveillance. A ce titre, elle souhaite exiger, lors de l'engagement des thérapeutes par les services communaux, la présentation d'un extrait spécial du casier judiciaire.

5.3. Loi sur les structures d'accueil extrafamilial de jour (LStE; RFS 835.1)

Art. 7a LStE Engagement du personnel

La présente disposition introduit une obligation de produire un extrait du casier judiciaire et un certificat médical. Elle est notamment applicable au personnel en cas d'engagement dans une crèche, d'affiliation d'un-e assistant-e parental-e à une association ou encore de l'annonce au SEJ d'un-e assistant-e parental-e non-affilié-e. A l'instar de ce qui est prévu pour la LPers, les documents sont à remettre à l'employeur, respectivement au SEJ pour les assistant-e-s parental-e-s non-affilié-e-s.

5.4. Droit de grève

Art. 68 Paix du travail et recours à la grève

L'alinéa 1 met au premier plan le respect, par le personnel mais aussi par l'Etat, de la paix du travail. C'est ce qui est prévu dans la Cst. fribourgeoise et la Cst. fédérale. De plus, tant dans le secteur public que privé, la paix du travail, mise au premier plan par les associations de personnel et d'employeurs, garantit la stabilité et le développement économique et social de la Suisse. A l'instar des dispositions sur le droit de grève pour le personnel de la Confédération et des cantons, le Conseil d'Etat tient à rappeler et à mettre au premier plan le principe de la paix du travail, le recours à la grève devant rester exceptionnel.

L'alinéa 2 reprend les conditions fixées par l'article 27 al. 3 de la Cst. fribourgeoise, tout en réservant l'alinéa 7 (interdiction de la grève).

L'article 27 Cst. fribourgeoise a la teneur suivante:

Art. 27 Liberté syndicale

¹ Les travailleurs, les employeurs et leurs organisations ont le droit de se syndiquer pour la défense de leurs intérêts, de créer des associations et d'y adhérer ou non.

² Les conflits sont, autant que possible, réglés par la négociation ou la médiation.

³ La grève et la mise à pied collective sont licites quand elles se rapportent aux relations de travail et sont conformes aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation.

⁴ La loi peut interdire le recours à la grève à certaines catégories de personnes.

La doctrine et la jurisprudence retiennent les conditions suivantes pour qu'une grève soit considérée comme licite (Rémy Wyler, Droit du travail, 3^e édition, Berne 2008 et jurisprudence citée, p. 793 et ss):

1. Art. 68 al. 2 let. a: la grève doit se rapporter aux relations de travail. Cela exclut les grèves politiques ou les grèves préventives, lesquelles visent à faire pression sur les autorités. La grève ne peut avoir trait qu'à des conditions de travail futures (par exemple, hausse des salaires, mise en place d'un plan social en cas de licenciement collectif). En revanche, l'irrespect par l'employeur d'obligations découlant de la loi ou du contrat (par exemple, versement d'un salaire majoré en cas d'accomplissement d'heures supplémentaires) ne saurait légitimer une grève et doit être sanctionné par la procédure prévue pour les litiges (décision, avec voie de recours). En fin de compte, la grève doit poursuivre des buts susceptibles d'être réglementés dans le cadre des dispositions légales relatives au statut du personnel.
2. Art. 68 al. 2 let. b: la grève doit être soutenue par une organisation de travailleurs et travailleuses. La grève concerne donc un conflit collectif et non pas un conflit individuel de travail qui doit être tranché par voie de décision susceptible de recours. Ce n'est donc pas le nombre de personnes concernées qui permet de dire s'il s'agit d'un conflit collectif ou non. Pour parler de conflit collectif, il faut que le litige soit organisé et soutenu par une association représentant les collaborateurs et les collaboratrices. Si ces deux éléments sont réunis, on présume que le conflit est collectif. En cas de doute, c'est l'organe de conciliation (cf. ci-dessous, ad art. 68a) qui tranche.
3. Art. 68 al. 2 let. c: l'organe de conciliation a été saisi et a délivré un acte de non-conciliation. C'est l'obligation constitutionnelle de préserver la paix du travail (cf. art. 27 al. 3 Cst. fribourgeoise) qui impose cette condition pour qu'une grève soit licite. Par conséquent, dans le but de préserver la paix du travail, préalablement à la grève, il faut saisir l'organe de conciliation mis en place et avoir obtenu de celui-ci un acte de non-conciliation. Avec cette condition, on le voit, les grèves préventives ou politiques, dans le but de faire pression sur les autorités, sont illicites, car elles ne respecteraient pas la condition de l'article 68 al. 2 let. c.

4. Art. 68 al. 2 let. d: la grève est proportionnée au but poursuivi et n'est utilisée qu'en dernier ressort. Le respect du principe de proportionnalité n'est pas mentionné expressément à l'article 27 al. 2 Cst. fribourgeoise. La doctrine et la jurisprudence, à propos de la Cst. fédérale (semblable à la Cst. fribourgeoise), déduisent le respect du principe de proportionnalité de cette disposition (soit l'article 27 al. 2 Cst. fribourgeoise). En vertu du principe de la proportionnalité, une grève ne peut être licite que si elle représente une «ultima ratio», c'est-à-dire que toutes les possibilités de négociation et de conciliation ont été tentées, mais ont échoué. Concrètement, tant que les parties discutent et négocient (Etat-employeur et partenaires sociaux), tant aussi que l'organe de conciliation saisi n'a pas délivré un acte de non-conciliation, il n'y a pas de possibilité de faire grève. Si une grève est faite pendant le processus de discussions et de négociations, pour faire pression sur les autorités, alors elle serait considérée comme illicite au sens de l'article 68 al. 2 LPers.

Ainsi, le nouvel article 68 est conforme à l'ordre constitutionnel supérieur (art. 27 Cst. fribourgeoise).

L'alinéa 3 mentionne que suite à la délivrance de l'acte de non-conciliation, l'organisation des travailleurs et travailleuses qui entend faire la grève doit en informer, par un préavis, les entités concernées par la grève. Celui-ci a notamment pour objet d'indiquer suffisamment tôt le jour, l'heure, le lieu de la grève, etc., afin que les mesures organisationnelles utiles puissent être mise en œuvre.

L'alinéa 4 précise que le personnel, qui fait la grève dans les conditions de l'alinéa 2, n'est pas rétribué. Cette disposition exclut en outre la compensation de l'absence pour raison de grève par des heures supplémentaires ou des vacances ou sous une autre forme.

L'alinéa 5 stipule que, si la grève est faite dans l'irrespect des conditions mentionnées à l'alinéa 2, le Conseil d'Etat prend les mesures appropriées. Le personnel viole ses devoirs de service, s'il effectue une grève illicite. Une infraction aux devoirs de service est sanctionnée selon les dispositions de la LPers (avertissement jusqu'au licenciement). En outre, en cas de grève illicite, le Conseil d'Etat peut interrompre ses relations avec l'association de personnel reconnue qui a incité à une grève illicite.

L'alinéa 6 est la base légale pour permettre l'instauration d'un service minimum. En effet, même si, selon les conditions mentionnées à l'alinéa 2, la grève est licite, il est nécessaire d'instaurer, dans la fonction publique, un service minimum, afin de garantir l'exécution des prestations indispensables à la population. L'alinéa 6 est la base légale qui donne la compétence au Conseil d'Etat de déterminer les secteurs d'activité

astreints au service minimum et de fixer les modalités de ce service minimum sur préavis de l'autorité d'engagement.

Les alinéas 7 et 8 sont les bases légales pour permettre l'interdiction de la grève pour certaines catégories de personnel. Si l'exercice des droits fondamentaux du personnel de l'Etat doit être soumis à des restrictions plus strictes que celles applicables aux employés du secteur privé, le principe de la légalité exige qu'elles soient contenues dans une loi formelle. Les alinéas 7 et 8 énumèrent donc les limitations des droits fondamentaux qui dépassent celles qui ont cours dans l'économie privée: il définit quels sont les droits fondamentaux qui peuvent être limités ou supprimés et quelles sont les conditions à respecter dans ce contexte.

Cela étant, l'alinéa 7 interdit d'emblée le droit de grève pour certaines catégories de personnel: les policiers et policières, les gardiens et gardiennes de prisons. Cette interdiction se justifie dès lors qu'il s'agit ici de fonctions régaliennes de l'Etat, dont le personnel accomplit des tâches essentielles, et pour lesquelles l'interruption de l'exercice pourrait porter un grave préjudice à la vie, à la santé et à la sécurité de la population, et cela même si un service minimum était mis en place dans ces institutions.

L'alinéa 8 offre la possibilité aux Directions et aux établissements d'élargir l'interdiction de la grève à certaines fonctions et catégories professionnelles si les circonstances le commandent. Les conditions dans lesquelles une Direction ou un établissement peut prendre cette mesure sont définies de manière restrictive. Elles sont soumises aux principes de la nécessité et de la proportionnalité. A titre d'exemple, cette interdiction est admise si elle s'avère nécessaire à la sauvegarde de la sécurité publique, de l'ordre, de la santé. En outre, l'interdiction sera fixée que pour une durée limitée, qui pourra être interrompue ou prolongée en fonction d'une nouvelle appréciation de la situation. Afin de donner la possibilité de réagir rapidement, la compétence est donnée aux Directions et aux établissements, pour ces derniers avec le préavis de la Direction de l'Etat dont ils dépendent, d'interdire le droit de grève.

Art. 68a (nouveau) Organe de conciliation et d'arbitrage

L'article 68 LPers, adapté au droit constitutionnel, oblige l'Etat à mettre sur pied un organe de conciliation, pour trancher les conflits collectifs de travail. Certes, il existe un organe de conciliation pour le secteur économique privé. Cela dit, un tel organe n'est pas adéquat pour le secteur public. Il est donc proposé d'instituer un organe de conciliation et d'arbitrage pour la fonction publique. Le modèle proposé s'inspire de la solution qui existe dans le canton de Vaud.

Al. 1

L'organe de conciliation et d'arbitrage est appelé à trancher des conflits collectifs de travail. En cas d'arbitrage, la décision est définitive. Dans le but de donner le plus de chance à la conciliation d'aboutir, cet organe est une autorité externe au pouvoir exécutif. Cet organe est donc nommé par le Tribunal cantonal. Il est composé de 3 membres, soit d'un Président ou d'une Présidente, qui est un-e juge cantonal-e, et d'un représentant ou une représentante de l'employeur et d'un représentant ou d'une représentante du personnel, ce qui constitue l'aspect paritaire de l'organe.

Al. 2

Le Tribunal cantonal désigne un-e juge cantonal-e pour en assurer la présidence. Le Conseil d'Etat propose le représentant ou la représentante de l'employeur et les associations de personnel reconnues celui ou celle du personnel.

Al. 3

Il s'agit également de nommer les suppléants ou suppléantes des membres de l'organe de conciliation. Leur désignation et leur nomination se fait au cours de la même procédure et selon le même mode.

Al. 4

Les représentants ou les représentantes de l'employeur seront la Délégation du Conseil d'Etat pour les questions de personnel (DCEQP), voire son Président ou sa Présidente, ou, suivant l'objet à traiter, une Direction, voire le Conseiller ou la Conseillère d'Etat en charge. Le personnel est représenté par les représentants ou les représentantes des associations de personnel reconnues. L'organe de conciliation tente une conciliation aussi longtemps qu'une solution amiable est envisageable. L'idée est de favoriser la paix du travail et que la grève ne soit admise qu'en tout dernier ressort. En cas d'échec, l'organe de conciliation délivre un acte de non-conciliation. Il faut préciser qu'une des conditions pour considérer qu'une grève soit licite, c'est d'avoir saisi l'organe de conciliation et que celui-ci ait délivré un acte de non-conciliation (cf., ci-dessus, art. 68 al. 2 let. c).

Al. 5

Avant de faire grève, les parties peuvent encore décider, d'un commun accord, au plus tard 10 jours après réception de l'acte de non-conciliation, de soumettre le différend à l'arbitrage des personnes désignées à l'alinéa 1^{er}. Cela signifie que ce sont les mêmes personnes membres de l'organe de conciliation qui feront l'arbitrage. La sentence arbitrale est définitive et obligatoire pour les parties.

Al. 6

Un règlement du Conseil d'Etat précisera les modalités de fonctionnement de l'organe de conciliation et d'arbitrage.

5.5. Dispositions relatives au calcul de la durée du droit au traitement (art. 48 al. 1 1^{re} phr. et 110 al. 1 LPers)

Article 48 al. 1 1^{re} phr. et article 110 al. 1

L'actuel article 48 al. 1 1^{re} phr. LPers parle de 360 jours, l'article 110 LPers mentionne 720 jours. L'article 4 de l'ordonnance du Conseil d'Etat du 16 septembre 2003 sur la garantie de la rémunération en cas de maladie et d'accident du personnel de l'Etat (RSF 122.72.18) mentionne les durées de 365 jours et 730 jours. En fait, les articles 48 al. 1 et 110 LPers mentionnaient les durées de 360 et 720 jours, car, au moment de leur adoption, il n'était pas encore exclu que l'Etat conclut une assurance perte de gain collective avec un assureur privé, lequel assurait des prestations pour une durée de 720 jours. En fin de compte, l'Etat a choisi le système de l'auto-assurance et une garantie de la rémunération sur 2 années civiles, en adoptant l'ordonnance précitée sur la garantie de la rémunération et en précisant, à l'article 4, les durées, soit 365 jours, dans un délai de 547 jours, pour une année et 730 jours pour deux années. Il est donc nécessaire d'adapter les durées mentionnées aux articles 48 al. 1 et 110 LPers.

6. Incidences financières et en personnel

Les modifications légales n'entraînent pas de conséquences financières et en personnel.

Les modifications légales sur le casier judiciaire spécial n'entraînent pas de nouvelles dépenses puisque l'émolument (s'élevant à 20 francs) sera payé par le postulant ou la postulante qui demande un extrait de son casier judiciaire. La mesure ne s'applique pas aux personnes déjà engagées à l'Etat, sauf en cas de changement de poste ou du cahier des charges.

La modification légale concernant le droit de grève a pour conséquence financière minime le paiement d'indemnités aux membres de l'organe de conciliation et d'arbitrage.

7. Constitutionnalité, conformité au droit fédéral et eurocompatibilité

S'agissant de la modification légale relative au casier judiciaire spécial, l'obligation d'exiger un extrait spécial du casier judiciaire constitue un frein à la réinsertion professionnelle des personnes ayant fait l'objet d'une condamnation judiciaire. Cette mesure porte atteinte en particulier à la liberté économique et à la liberté personnelle (droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale et les textes internationaux). Cependant, les droits fondamentaux peuvent être restreints lorsque cette restriction repose sur une base légale, qu'elle répond à un intérêt public prépondérant, qu'elle est conforme au principe de proportionnalité et que l'essence des droits fondamentaux est préservée (art. 36 Cst.). En l'occurrence, le droit des mineur-e-s à une protection particulière

de leur intégrité (art. 11 Cst.) constitue une limite à la liberté économique et à la liberté personnelle. En d'autres termes, il est possible de porter atteinte aux droits fondamentaux de tiers pour protéger les mineur-e-s.

Les modifications légales concernant le droit de grève sont parfaitement conformes au droit constitutionnel.

En fin de compte, toutes les modifications proposées sont conformes au droit constitutionnel, au droit fédéral et ne posent pas de problèmes par rapport à la conformité au droit européen.

8. Soumission au référendum

Le présent projet est soumis au référendum législatif facultatif.

9. Conclusion

Nous vous invitons dès lors à adopter le présent projet de modification de la LPers, de la LS et de la LStE.

Annexe:

—
Liste provisoire des fonctions à risques

Annexe

Liste provisoire des fonctions «à risques»

(mise à jour le 06.06.2017)

Remarques préalables:

- 1) La liste provisoire des fonctions considérées comme étant «à risques» est distribuée à titre d'information. Elle sera adoptée par le Conseil d'Etat par voie de directive.
- 2) Le personnel déjà soumis à l'obligation de fournir un extrait du casier judiciaire lors d'un nouvel engagement, ainsi que le personnel de la justice et le personnel exerçant une activité d'intendance, ne figurent pas sur la présente liste (exclus de l'obligation de contrôle).
- 3) La présente liste n'est pas exhaustive; les Directions et établissements ont la possibilité d'étendre le contrôle à l'engagement à d'autres fonctions non répertoriées ci-dessous.

1. Direction de l'instruction publique, de la culture et du sport (DICS)

Formateur/trice en entreprise
Enseignant/e (niveau primaire, secondaire et secondaire supérieur)
Enseignant/e de classe spéciale et de soutien
Enseignant/e de classe de soutien de CO
Enseignant/e de branches spéciales
Travailleur/euse social-e
Médiateur/trice
Inspecteur/trice
Directeur/trice école du CO
Directeur/trice d'une école du degré secondaire supérieur
Administrateur/trice d'école du degré secondaire supérieur
Adjoint/e du/de la directeur/trice école du CO
Adjoint/adjointe du/de la responsable d'établissement
Doyen/ne
Doyen/ne EP
Provisur-e
Recteur/trice
Préparateur dans les collèges
Responsable d'établissement primaire
Conseiller/ère pédagogique
Conseiller/ère en orientation
Directeur/trice et professeur-e du Conservatoire
Educateur/trice spécialisé-e

1.1. Université

Formateur/trice en entreprise
Responsable des jeunes en stage d'orientation professionnelle (âge: 13–16 ans/durée du stage 1–3 jours)

2. Direction de la sécurité et de la justice (DSJ)

Formateur/trice en entreprise

2.1. Service de la justice (SJ)

Médiateur/trice du bureau de la médiation pénale pour mineurs

Intervenant/e en protection de l'enfant

3. Direction des institutions, de l'agriculture et des forêts (DIAF)

Formateur/trice en entreprise

3.1. Institut agricole de l'Etat de Fribourg (IAG)

Enseignant/e

Collaborateur/trice scientifique

Collaborateur/trice administratif/administrative

Ouvrier/ère qualifié-e

Surveillant/e de nuit

Responsable de stage longue durée

Maître/sse de pratique

Conseiller/ère en économie familiale

Directeur/trice école ménagère agricole

Chef/fe d'atelier

Chef/fe de la culture maraîchère

Chef d'exploitation

Chef/fe de station

Collaborateur/trice technique supérieur

4. Direction de l'économie et de l'emploi (DEE)

Formateur/formatrice en entreprise

4.1. Service de la formation professionnelle (SFP)

Maître/sse professionnel-le

Case manager

4.2. Service de la mobilité

Conseiller/ère en personnel des jeunes

5. Direction de la santé et des affaires sociales (DSAS)

Formateur/trice en entreprise

5.1. Service du médecin cantonal (SMC)

Formateur/trice en santé sexuelle

Conseiller/ère en planning familial

5.2. Service dentaire scolaire (SDS)

Dentiste, orthodontiste
Assistant-e dentaire
Prophylaxiste

5.3. Service de l'enfance et de la jeunesse (SEJ)

Intervenant/e en protection de l'enfance
Psychologue LAVI
Chef-fe de secteur et chef-fe de secteur adjoint

5.4. Hôpital fribourgeois (HFR)

Formateur/trice en entreprise
Infirmier/ère en pédiatrie
Sage-femme
Nurse
Psychologue en pédiatrie
Médecin assistant-e en pédiatrie
Médecin pédiatrie
ASSC en pédiatrie
Aide-soignant/e en pédiatrie
Assistant/e médicale en pédiatrie
Auxiliaire de soins en pédiatrie
Personnel du service du transport des patients

Personnel médico-technique:

- > Diététicien/ne
- > Physiothérapeute
- > Ergothérapeute
- > Technicien/ne en radiologie

5.5. Réseau fribourgeois de soins en santé mentale (RFSM)

Médecins du secteur de la pédopsychiatrie:

- > Médecin directeur
- > Médecin adjoint/e
- > Médecin chef-fe de clinique
- > Médecin assistant/e
- > Médecin stagiaire

Psychologue du secteur de la pédopsychiatrie:

- > Responsable du service de psychologie
- > Psychologue
- > Stagiaire psychologue (pré-master)
- > Psychologue stagiaire (post-master)

Infirmier/ère du secteur de la pédopsychiatrie:

- > Directeur/trice des soins et son adjoint/e
- > ICUS
- > ICUS adjoint/e
- > Infirmier/ère
- > Éducateur/trice spécialisé-e

Thérapeute spécialisé-e du secteur de la pédopsychiatrie:

- > Responsable du service
- > Art-thérapeute
- > Psychomotricien/ne
- > Musicothérapeute
- > animateur/trice
- > Ergothérapeute
- > Stagiaire en formation

Assistant/e social-e

- > Stagiaire du service social

Enseignant/e

Aumônier/ère

Transporteur de patients

Diététicien/ne

6. Direction des finances (DFIN)

Formateur/trice en entreprise

Responsable des jeunes pour les travaux d'archivage/logistique

7. Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions (DAEC)

Formateur/trice en entreprise

7.1. Service des bâtiments (SBat)

Responsable des jeunes pour les travaux de nettoyage d'été

7.2. Service des constructions et de l'aménagement (SeCA)

Responsable des jeunes pour les travaux de nettoyage d'été
